237

Holdings animatrices de groupe : théorie et pratiques

Éric Pichet,
professeur à Kedge Business School,
chercheur associé au LAREFI de l'université de Bordeaux



Dans le silence de la loi, la doctrine administrative accorde aux détenteurs de parts ou actions de *holdings* animatrices de groupe l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels. Toutefois, les velléités récentes de l'Administration de restreindre une définition fixée depuis une trentaine d'années créent une instabilité très néfaste aux contribuables et aux affaires. Après un rappel de l'histoire du concept, nous synthétisons plus d'une vingtaine d'années d'arrêts de la Cour de cassation pour composer un idéal-type de la *holding* animatrice, puis proposons un manuel de prudence fiscale à l'usage des actionnaires de *holding* destiné à leur ouvrir l'exonération d'ISF. En conclusion, nous invitons le législateur à donner enfin une base légale à la « *holding* animatrice de groupe », et à créer une procédure spécifique de rescrit sur cette notion afin de garantir l'indispensable sécurité fiscale nécessaire aux groupes français, un des piliers de l'amélioration de leur compétitivité au cœur du débat actuel autour du pacte de responsabilité.

Introduction

« Objets inanimés, avez-vous donc une âme ? »,
Alphonse de Lamartine, 1830, Harmonies poétiques et religieuses,
dans *Œuvres complètes*, éd. Gosselin, Furne, Pagnerre, 1847, t. 2,
livre troisième, poème II (« Milly ou la terre natale »), p. 159.

1 - Depuis quelques mois, l'administration fiscale manifeste avec insistance ses intentions de restreindre l'accès au sésame des *holdings* animatrices [1] de groupe en procédant à leur déqualification en simples *holdings* gestionnaires de leur patrimoine, ce qui les exclut de facto du régime des biens professionnels en vertu de l'article 885 O quater du CGI [2]. Reprenant les attributs de la « *holding* active » définie par l'administration fiscale dans le sillage de la loi de réévaluation des actifs de 1976, le concept de « *holding* animatrice de groupe » n'a toujours pas de définition légale globale, ce qui a amené la Cour de cassation à en préciser les contours par touches successives, au gré des affaires dont elle a été saisie depuis une vingtaine d'années. Dans une première partie nous revenons sur la genèse administrative de la « *holding* animatrice de groupe » et, dans la discrétion de la loi, analysons le périmètre dessiné aujourd'hui par l'administration fiscale. Dans une deuxième partie, nous dressons un idéal-type de la notion telle qu'il ressort de plus de vingt ans de jurisprudence de la Cour de cassation. Estimant qu'il s'agit bel et bien d'une mesure de tolérance édictée par l'administration fiscale et non de l'incarnation d'un principe découlant du régime des biens professionnels, le Quai de l'Horloge exige logiquement du contribuable qu'il prouve non seulement l'existence juridique des prestations assurées par la *holding* dont il est actionnaire au groupe mais également la réalité de son animation. Enfin, dans une troisième partie, nous tirons les conclusions pratiques de ces évolutions sémantiques, doctrinales, légales et jurisprudentielles, en proposant aux actionnaires un *manuel de prudence fiscale à usage des actionnaires de holdings* identifiant les bonnes pratiques à mettre en œuvre pour bénéficier du label de « *holding* animatrice de groupe » et donc de l'exonération d'ISF qu'il entraîne. Nous rappellerons d'abord les conditions que l'assujetti doit respecter, puis les obligations de la *holding* dans ces relations avec son groupe et terminerons par un focus sur le cas le plus complexe : la *holding* familiale animatrice d'une société cotée qui met en jeu des principes diffé-

1. Sans vouloir attiser le débat d'actualité sur la *Théorie du genre*, il faut noter que les puristes, comme Joseph Hanse dans son « Nouveau dictionnaire des difficultés du français moderne » font le mot *holding* masculin. Emprunt de l'anglais *holding company* en 1930 (il n'est donc pas dans le Littré), il garde la signification d'outre-Manche « qui possède, qui contrôle » du point de vue du propriétaire. Désignant une société financière, le féminin s'est peu à peu imposé à tel point que le Larousse et le Robert le font masculin ou féminin. Il en est de même du très conservateur Dictionnaire de l'Académie française qui donne dans sa dernière édition « un *holding* ou une *holding* ». Nous sacrifierons dans cette étude au grand maître de la langue, l'usage dans le public cultivé, en employant systématiquement « une *holding* ».
2. Qui énonce que « *Ne sont pas considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier.* »

rents, voire contradictoires. Si cette étude concerne exclusivement les problématiques d'ISF, elle sera néanmoins utile dans tous les domaines concernés par l'onction administrative donnée à la « *holding* animatrice de groupe [3]. Quand on sait que plus d'un tiers des PME (de 10 à 250 personnes) et plus de 60 % des grosses PME (de 100 à 250 salariés) font partie d'un groupe [4] ainsi que la quasi-totalité des ETI (notion réglementaire [5] qui regroupe *grosso modo* les entreprises dont l'effectif est compris entre 250 et 5 000 salariés), on mesure les enjeux économiques de la notion au moment où un pacte de compétitivité crucial pour la croissance du pays est lancé.

1. Le débat ontologique : qu'est-ce qu'une holding animatrice de groupe ? (plus ou moins)

« Embrasser une chose par une définition, c'est la rejeter, la rendre insipide et superflue, l'anéantir », Émile-Michel Cioran, *Précis de décomposition*, 1949.

A. - Un concept forgé par l'Administration dans la quasi-indifférence du législateur

1° La genèse du concept est antérieure à l'impôt sur la fortune

2 - La « *holding* animatrice » succède à la « *holding* active », fruit de l'interprétation administrative de la loi n° 76-1232 du 29 décembre 1976 instaurant un nouveau dispositif de réévaluation légale des immobilisations. Cette loi, rendue nécessaire par la forte inflation liée au premier choc pétrolier de 1974, distinguait trois catégories d'entreprise : tout d'abord les sociétés cotées, les sociétés entrant dans le champ de consolidation d'une société cotée et les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne qui devaient obligatoirement s'y conformer ; ensuite, les « *autres personnes physiques ou morales qui exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale* » qui étaient admises, mais non astreintes, à réévaluer leur bilan, et enfin les personnes physiques ou morales exerçant une activité civile qui étaient explicitement exclues du dispositif. Dans sa doctrine interprétative, l'Administration a alors assimilé, par analogie à une activité commerciale, les sociétés *holding*s dites « actives » aux sociétés industrielles et commerciales en leur permettant, logiquement d'un point de vue économique, de bénéficier elles aussi de la possibilité de réévaluer leur bilan. Ce faisant, elle a tracé une ligne de démarcation entre les activités des *holding*s « actives », de nature commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale et les *holding*s purement civiles [6]. L'instruction du 27 septembre 1978 [7] précisait d'ailleurs avec pertinence que « lorsque la prise de participation répond au désir de diriger et contrôler la société émettrice, l'activité de la société participante n'est pas différente de celle poursuivie par la société dans laquelle elle détient des droits. Les *holding*s qui exercent une activité de production par le biais de filiales ou de participations dans des entreprises industrielles ont ainsi une activité commerciale ». L'idée sous-jacente était bien que l'« activité » donne nécessairement un caractère opérationnel à la société *holding* et en fait *ipso facto* une société opérationnelle dès lors que, selon l'Administration, « les *holding*s actives utilisent leur participation dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale qui mobilise des moyens spécifiques ».

2° La douce insouciance du législateur

3 - La timidité du législateur sur cette notion fut totale en 1981 lors de l'instauration de l'IGF. En 1988, à l'occasion du débat parlementaire sur la création de l'ISF, deux députés d'opposition, MM. Durieux et Gantier, ont tenté d'imposer une définition claire de la *holding* animatrice via un amendement mais le ministre du budget de l'époque, M. Charasse, le fit rejeter au motif que l'article 885 O quater prévoyait déjà lui-même la situation [8]. Dans le silence de la loi, l'Administration a donc repris la notion de *holding* active, rebaptisée pour l'occasion « animatrice de groupe » dans une instruction du 19 mai 1982 [9]. Elle offrait ainsi aux assujettis à l'ISF un outil d'exonération au titre des biens professionnels par assimilation aux sociétés qui exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale qu'elle pouvait difficilement récuser sans se contredire elle-même.

C'est ainsi qu'en 2014, la loi ne donne toujours aucune définition générale de la *holding* animatrice de groupe, tout au plus exclut-elle à l'article 885 O quater du CGI [10] les sociétés gérant leur propre patrimoine de l'exonération des biens professionnels.

3. Que la notion soit explicitement mentionnée dans le CGI ou uniquement dans la doctrine administrative, les enjeux portent également sur l'impôt sur le revenu (abattement sur les plus-values de cession réalisées par les dirigeants dans le cadre de leur départ en retraite, explicite dans l'article 150-0 ter du CGI ; abattement pour durée de détention, absent du CGI mais explicite dans *BOI-RPPM-PVBMI-20-20-20-20, 12 sept. 2012, § 90* ; *CGI, art. 150-0 D* qui renvoie expressément à la définition de *CGI, art. 199 terdecies-0-A* et *CGI, art. 150-0 D bis* ; réduction d'IR au titre des souscriptions au capital des PME, explicite dans le texte du *CGI, art. 199 terdecies-0 A*), et sur les droits de mutation à titre gratuit (exonération au titre du pacte Dutreil, V. *CGI, art. 787 B*, pas dans le CGI mais le *BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 17 févr. 2014, § 50* le reprend explicitement ; paiement différé et fractionné sur 15 ans des droits de donation ou succession dus sur les entreprises, V. *CGI, ann. III, art. 397 A et 404 GA à 404 GD*, pas dans le CGI mais explicitement dans *BOI-ENR-DG-50-20-50, 12 sept. 2012, § 160*).

4. Il s'agit du nombre des entreprises structurées sous forme d'un groupe de sociétés selon le fichier statistique FIBEN (Fichier bancaire des entreprises) tenu par la Banque de France. Ces chiffres sont largement corroborés par l'INSEE puisque sur les 3 603 698 entreprises recensées en France, 198 905 emploient entre 10 et 250 salariés et un tiers d'entre elles sont détenues par une *holding* (66 301 qui emploient plus de 7 millions de personnes). Quant à la Direction des grandes entreprises (DGE) du ministère des finances, elle constate un nombre croissant de *holding*s dans son périmètre (de 1 112 à 1 276 de 2007 à 2009 selon un courrier de Mme Lagarde, ministre de l'Économie et M. Woerth, ministre du Budget, adressé au Parlement en février 2010).

5. Le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 *(Dr. fisc. 2009, n° 3, act. 19)* relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie et l'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique définit la catégorie des entreprises de taille intermédiaire (ETI) comme étant constituée des entreprises qui n'appartiennent pas à la catégorie des petites et moyennes entreprises, et qui :
– d'une part occupent moins de 5 000 personnes ;
– d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 1 500 M € ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 M €.

6. Même si cela peut sembler quelque peu surprenant aux fiscalistes chevronnés, il est important de relever que ces précisions doctrinales n'étaient nullement motivées par le souci d'accroître les recettes fiscales puisque la réévaluation des bilans devait, selon la volonté du législateur, être budgétairement neutre.

7. *Instr. 27 sept. 1978 : BOI 4 A-14-78 ; Dr. fisc. 1978, n° 44. instr. 5874.*

8. « Dans la situation décrite par l'amendement de M. Gantier, il est clair que l'exonération doit s'appliquer puisque les participations ne font pas l'objet d'une gestion patrimoniale mais constituent le moyen de diriger un groupe (...) il n'est pas utile de réécrire dans un texte législatif un principe qui figure déjà à l'article 885 O quater ».

9. Dans cette instruction *(Instr. 19 mai 1982 : BOI 7 R-2 82, § 287 ; Dr. fisc. 1982, n° 23 bis, instr. 7370)* l'Administration admet de ne pas exclure du régime des biens professionnels les actions des sociétés *holding* à condition que ces sociétés soient **les animatrices effectives de leur groupe** en participant activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales.

10. *Modifié L. n° 88-1149, 23 déc. 1988, art. 26 : JO 28 déc. 1988 ; Dr. fisc. 1989, n° 2-3, comm. 54.*

3° Une définition légale toujours *ad hoc*

4 - Conscient de la nécessité de stabiliser légalement cette notion clé, le législateur a toutefois défini, mais toujours au cas par cas et selon les nécessités du moment, la notion en reprenant purement et simplement la sémantique administrative, tout en prenant bien soin de circonscrire la définition au seul dispositif concerné. Ainsi la loi a fixé, pour ainsi dire incidemment, au V de 885-0 V bis du CGI, la société *holding* animatrice, mais uniquement au sens de cet article, comme suit : « *Pour l'application du présent alinéa, une société holding animatrice s'entend d'une société qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, participe activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers.* ». On note le même *modus operandi* pour les articles 150-0 D et 199 terdecies-0 A du CGI. En l'absence d'une définition légale de la notion, l'administration fiscale continue donc à imposer les caractéristiques qu'elle donne de la *holding* animatrice de groupe : quelles sont-elles précisément ?

B. - Les linéaments de la définition doctrinale

5 - La définition doctrinale repose sur trois caractéristiques clés et inextricablement liées entre elles : la notion de groupe, la notion de contrôle et la notion de politique de groupe.

6 - Pas de société animatrice de groupe sans groupe. Or le groupe n'est pas un schème juridique, mais économique. Si le législateur a invoqué la notion de « groupe de sociétés » pour l'ISF, c'était dans le but d'assurer « une certaine neutralité » à l'égard des différentes formes de structure du capital [11]. Car même si le groupe n'est pas un sujet de droit, s'il ne peut contracter, il existe en comptabilité [12], en fiscalité (hors l'ISF, le cas le plus emblématique concerne les problématiques d'intégration fiscale entre société mère et filiale), en droit social, environnemental et même pénal [13]. Pour l'impôt sur la fortune, la Cour de cassation en a d'ailleurs précisé le sens [14]. D'ailleurs, une réflexion est aujourd'hui en cours au sein de la Commission européenne pour reconnaître la notion d'« intérêt de groupe » [15].

7 - La notion de contrôle est bien circonscrite par le droit commercial. C'est le Code de commerce qui explicite le plus clairement la notion de contrôle en son article L. 233-3 [16]. D'une manière générale les critères du contrôle reconnus par l'Administration en comptabilité publique sont « la maîtrise des conditions d'utilisation d'un bien ou la maîtrise du potentiel de service et/ou des avantages économiques futurs dérivés de l'utilisation d'un bien » [17]. Inversement, elle qualifie une entreprise d'autonome (donc non contrôlée) lorsque « elle n'est pas détenue à 25 % ou plus par une entreprise ou un organisme public ou conjointement par plusieurs entreprises liées ou organismes publics » [18]. C'est pourquoi elle admet volontiers, par une mesure de tempérament relative à l'ISF que les activités d'un dirigeant de *holding* dans une filiale détenue à seulement 25 % soient prises en compte, abaissant ainsi le seuil d'acceptation de la participation de la *holding* [19] a une participation minoritaire, mesure amplement justifiée par la réalité du monde des affaires notamment dans un contexte de capital social éclaté [20].

8 - C'est l'animation du groupe qui distingue radicalement une *holding* animatrice d'une simple *holding* « passive » ou « pure » [21]. Le Bulletin officiel des finances publiques du 18 février 2013 [22] stigmatise ainsi les simples *holdings* passives, qui « ne font qu'exercer les prérogatives usuelles de l'actionnaire (exercice du droit de vote, prise de décisions en assemblée générale lorsque l'importance de la participation le permet, et exercice des droits financiers) » et dont leurs actionnaires sont, de ce fait, exclus du paradis exonérateur puisqu'alors « les parts et actions de ces sociétés dont l'activité principale est la gestion de leur patrimoine ne peuvent constituer des biens professionnels » [23]. Par opposition aux *holding*s passives, les animatrices effectives de leur groupe ont une activité opérationnelle : elles « participent activement à la conduite de sa politique (du groupe) et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers ». Elles « utilisent ainsi leur participation dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale qui mobilise des moyens spécifiques » [24], ce qui permet de considérer la société *holding* animatrice « comme exerçant une activité commerciale » [25]. Le statut juridique de la *holding* n'a aucune incidence sur l'admissibilité sauf bien sûr si la *holding* n'a pas le caractère

11. L'objectif de la notion de « groupe de sociétés » est en effet de permettre à tous les détenteurs de sociétés qui remplissent les conditions édictées (plus de 25 % des parts sociales, fonctions dirigeantes, etc.) de bénéficier de cet avantage, qu'ils détiennent leurs droits directement ou indirectement. Cet avantage a toutefois été limité par le législateur à un seul niveau d'interposition, ce qui signifie concrètement que les sous-filiales sont exclues de la notion de groupe de sociétés.

12. L'article L. 233-16 du Code de commerce par exemple oblige les sociétés à dresser des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe dès lors que la société faîtière contrôle de manière exclusive ou conjointe ou exerce une influence notable sur les participations (à partir de 20 % des droits de vote).

13. V. notamment, *Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581, P, aff. Rozenblum : JurisData n° 1985-000537 : Bull. crim. 1985, n° 54 ; JCP G 1986, I, 20585, note W. Jeandidier ; D. 1985, p. 478, note D. Ohl ; Rev. sociétés 1985, p. 688, note B. Bouloc. – Cass. crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104, P-F : JurisData n° 1999-004838 ; RJDA 4/2000, n° 419 ; RJS 2000, n° 350.*

14. Prenant position sur ce point, la Cour de cassation énonce une tautologie : pour qu'il y ait groupe, il faut et il suffit de deux sociétés, une société mère et une filiale, V. par ex., *Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-14.613, Mantelet : JurisData n° 1992-001650 ; Dr. fisc. 1992, n° 48-49, comm. 2312 ; RJF 8-9/92, 1276*, qui admet l'existence d'une *holding* animatrice ne détenant qu'une seule filiale.

15. « La Commission proposera en 2014 une initiative visant à améliorer tant l'information disponible sur les groupes que la reconnaissance de la notion d'intérêt de groupe », V. *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 12 déc. 2012, p. 16.*

16. L'article 233-3 du Code de commerce, à défaut de définir le groupe, définit le contrôle d'une société par une autre sous forme d'un catalogue : « *Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne* ».

17. *BOI-GCP-14-0002, 7 févr. 2014.*

18. *BOI-PAT-ISF-40-30-10-20, 12 sept. 2012, § 40.*

19. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 12 sept. 2012, § 225.*

20. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 12 sept. 2012.*

21. L'Administration utilise indifféremment (mais plus rarement) le terme « *holding* pure » comme synonyme de « *holding* passive », V. par ex., *BOI-PAT-ISF-40-30-10-20, 12 sept. 2012, § 600.*

22. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 18 févr. 2013.*

23. « Elles peuvent toutefois faire l'objet d'une exonération partielle si la société détient une participation dans une autre société où le redevable exerce des fonctions de direction. »

24. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 12 sept. 2012, § 140.*

25. *BOI-IR-RICI-90-10-20-10, 12 sept. 2012, § 20.*

d'une société [26] car selon les propres termes de la doctrine administrative « les règles prévues en faveur des associés ou actionnaires de sociétés *holding* qui sont animatrices de leur groupe sont applicables aux sociétés *holding* quelle que soit la forme de ces sociétés (SA, SARL, sociétés civiles, société en commandite par actions, etc.) [27]. Enfin, la prestation de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers, immobiliers [28] ne joue qu'un rôle subsidiaire et non crucial dans l'obtention de l'appellation.

C. - Trois tentatives restrictives récentes

9 - À défaut d'être très explicite, la notion ainsi définie dès 1982 pour l'impôt sur la fortune avait le mérite de la stabilité. Or on devine depuis quelques mois une volonté nouvelle, insistante et inquiétante de l'administration fiscale de restreindre la notion « d'animatrice de groupe » [29] sous forme d'une offensive, pour l'instant purement verbale (ce qui complique un peu plus les choses), de limitation du champ de l'exonération dans trois domaines non négligeables.

10 - La *holding* animatrice devrait animer toutes ses filiales. Il s'agirait d'abord d'exiger de réserver le sésame aux *holding*s animatrices de la totalité de leur participation : le simple fait de ne pas animer une seule participation, si minime fût-elle, interdirait alors de considérer la *holding* comme une animatrice de groupe. Une telle restriction compliquerait bien sûr le fonctionnement de nombre de *holdings* et créerait une distorsion avec le régime des sociétés d'exploitation sur lequel il est historiquement aligné. Elle poserait en outre des problèmes de compatibilité directe en interprétant de manière excessivement restrictive l'article 885 O quater du CGI qui précise « *Ne sont pas considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés ayant pour* ***activité principale*** *la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier* ». En exigeant l'animation de toutes les filiales, il nous semble donc que l'Administration ajouterait une exigence qui ne figure pas dans la loi. Si elle prenait une position explicite (ce qui n'est pas encore le cas à ce jour), les conséquences économiques en seraient lourdes surtout pour les groupes qui disposent de nombreuses filiales.

11 - La *holding* animatrice ne pourrait pas co-animer un groupe. Envisageant un second front, l'Administration souhaiterait exclure la co-animation (lorsqu'un groupe est contrôlé par deux *holdings* qui définissent en commun la politique du groupe). Cette situation est en réalité relativement courante dans les entreprises familiales au niveau de la troisième génération (et même de la seconde), chaque branche de la famille disposant de sa propre *holding* patrimoniale. Pour l'Administration, l'actionnaire dominant doit animer et doit donc être majoritaire, ce qui exclut par construction la co-animation.

12 - La *holding* animatrice ne pourrait pas détenir d'immobilier d'exploitation indirectement. Enfin, la détention indirecte de l'immobilier d'exploitation serait également sur la sellette, seule une détention directe de l'immobilier dans la société *holding* serait possible. Ainsi une *holding* qui détiendrait 99 % « seulement » de sa filiale immobilière, perdrait le précieux statut, ce qui interdirait *de facto* une saine organisation du groupe, la sécurisation et la clarification des activités immobilières et même une meilleure gestion via un gérant professionnel.

2. L'idéal-type de la *holding* animatrice de groupe dessiné par la Cour de cassation

> « Par définition, nul n'est censé ignorer la loi,
> mais elle est toujours incomprise, car nul ne la saisit tout entier (...)
> Ce qui est censure a toujours rapport avec ce qui,
> dans le discours, se rapporte à la loi en tant qu'incomprise »,
> Jacques Lacan, *Le Séminaire, II*, 1954-1955.

13 - Conséquence logique de cette création : dans le silence de la loi, l'Administration considère que sa définition n'offre qu'un simple mécanisme de garantie pour le contribuable qui doit, pour en bénéficier, en respecter strictement en toutes circonstances tous les attributs. Pour elle, cette mesure de tolérance ne peut qu'être d'application littérale, même si elle en modifie unilatéralement le périmètre ce qui est au demeurant son droit le plus strict en tant que mère de la notion. En revanche une partie de la doctrine estime que l'Administration ne fait qu'expliciter un principe général du régime des biens professionnels qui s'impose à celle-ci. La Cour de cassation est intervenue indirectement dans ce débat le 8 juillet 1997 [30], en rejetant un pourvoi formé par le redevable au motif qu'il lui incombait « de justifier que la société (...) exerçait au sein du groupe qu'elle formait avec sa filiale (...) un rôle d'animation effective, au sens du texte légal tel qu'interprété par la doctrine administrative invoquée ». Elle a tranché définitivement la question en des termes encore plus explicites le 8 octobre 2013 [31] : « attendu que l'interprétation administrative favorable au contribuable, résultant de l'instruction administrative du 28 avril 1989, constitue une exception au principe d'exclusion des parts ou actions des sociétés *holding* ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier posé par l'article 885 O quater du Code général des impôts ». Par principe donc, la *holding* relève de la gestion du patrimoine privé, ce n'est que par exception qu'elle peut être qualifiée d'animatrice de groupe. Reste que la définition doctrinale n'étant pas un modèle de sémantique, la Haute cour a dû affiner progressivement l'expression au gré des affaires dont elle a été saisie.

A. - Ni l'identité des dirigeants, ni l'importance de la participation ne suffisent à caractériser l'animatrice de groupe

14 - L'identité des dirigeants et l'importance de la participation, si elles peuvent constituer des indices, ne sont pas suffisantes.

15 - Dans un arrêt du 19 novembre 1991 [32], la Cour de cassation refuse le bénéfice de la notion « d'animatrice de groupe » aux motifs que l'identité de dirigeants dans les sociétés ne peut suffire à la caractériser. Cette analyse fut ensuite confirmée et approfondie dans un arrêt du 21 juin 2011 [33] « le fait que le dirigeant d'une société *holding* a

26. Ainsi, à la différence des *holding*s, les titres d'une société opérationnelle logés par dans un fonds commun de placement ne peuvent en aucun cas constituer des biens professionnels exonérés : c'est l'enseignement logique de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 2011 n° 10-11941 puisque le fonds n'ayant pas la personnalité morale, ne peut être considéré comme une société interposée.

27. *BOI-PAT-ISF-30-40-10, 18 févr. 2013.*

28. Ces prestations peuvent d'ailleurs très bien découler des deux principaux critères et s'inscrire dans la mise en place de la politique du groupe comme elles peuvent être dictées par des soucis d'économie d'échelle, situation assez fréquente.

29. V. par ex. l'intervention de Mme Charlotte Chevalier, sous-directrice de la fiscalité des personnes à la DLF à la Conférence organisée par l'Institut des avocats conseils fiscaux du 10 juin 2013.

30. *Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-14.084, Mme Bedrossian : JurisData n° 1997-003273 ; Dr. fisc. 1997, n° 42, comm. 1092 ; JCP E 1997, II, 1020 ; JCP G 1997, IV, 1950 ; JCP N 1997, n° 49, II, p. 1506 ; RJF 12/1997, n° 1196.*

31. *Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-20.432, F-D, M. Epton : JurisData n° 2013-022147 ; Dr. fisc. 2014, n° 13, comm. 244, note F. Deboissy.*

32. *Cass. com., 19 nov. 1991, n° 89-19.474, Mme Davies, Vve Borel : Dr. fisc. 1992, n° 13, comm. 694 ; D. 1992, p.284 note G. Tixier ; RJF 2/1992, n° 270 ; D. 1992, p. 284, note G. Tixier.*

33. *Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770, F-P+B, M. et Mme Bernard : JurisData n° 2011-012356 : Bull. Joly 2011, § 504, p. 1017, note F. Deboissy ; Dr. fisc.*

également une fonction de direction dans l'une de ses filiales ne suffit pas à établir que cette société anime effectivement son groupe et participe activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales ». L'autonomie juridique de chacune des sociétés du groupe est en effet un principe fondamental, même pour des sociétés contrôlées à 100 %, et « le fait de partager les mêmes personnes ne permet pas même de présumer que la stratégie du groupe est coordonnée. »

16 - Dans son arrêt du 15 février 1994 [34], qui pour être concis, n'en est pas moins clair, la Cour de cassation a jugé que « ne suffit pas à caractériser le rôle d'animatrice de groupe le fait de posséder 25 % du *holding* et que les dirigeants de la société occupent des fonctions dans les filiales » et « Attendu que pour décider que les actions de la société SABA doivent être considérées comme des biens professionnels pour la valeur de la participation de cette société SABA au capital de la société Spelna, le jugement se borne à retenir que la société SABA détenait 25 % dans son capital et que Mme X., président du conseil d'administration de la société SABA, était également administrateur de cette société de droit américain ; Attendu qu'en statuant par de tels motifs, impropres à caractériser le rôle d'animation de la société SABA sur la société Spelna (...) ».

Dans son arrêt du 8 juillet 1997 [35], la Cour de cassation précise que l'appartenance de la majorité du capital de la filiale, et le cumul des fonctions de direction des deux sociétés dans la même famille, étaient des éléments sans portée quant au point de savoir si la *holding* était l'animatrice du groupe qu'elle formait avec sa filiale.

B. - L'existence de moyens matériels et l'implication du dirigeant dans les filiales

17 - Si l'existence de moyens importants au niveau de la *holding* n'est pas un critère pertinent, en revanche des moyens inexistants ou insignifiants sont rédhibitoires. Le dirigeant de la *holding* doit en outre pouvoir s'impliquer concrètement dans la politique des filiales.

1° La *holding* doit disposer de moyens pour animer son groupe même si leur importance n'est pas nécessaire

18 - Réfutant la doctrine administrative antérieure qui refusait de considérer que les sociétés *holding* à effectifs réduits (par exemple un président et une secrétaire) puissent être considérées comme animatrices effectives de groupes, la Cour de cassation dans son arrêt du 27 septembre 2005 [36] a jugé : « Attendu qu'en soumettant ainsi le bénéfice de la qualification de biens professionnels à l'existence, au sein de la société *holding*, de structures importantes pour réaliser l'animation du groupe (...), la cour d'appel a violé [les articles 885 O bis, 885 O ter et 885 O quater du Code général des impôts] ».

En revanche, l'absence totale de moyens matériels est clairement de nature à déqualifier la *holding* animatrice [37] : « attendu que le dossier de M. et Mme X. ne contenait pas le moindre indice matériel des prestations de management en matière de stratégie, d'animation et de contrôle des sociétés du groupe effectuées par la société JBFB ; qu'il relève que, sur le plan comptable, il n'apparaissait aucune autre dépense que la rémunération versée par la société JBFB à son salarié et que, jusqu'à la création de la société Financière des Tourrais, le rôle d'animation et de contrôle du groupe était assumé par la société Thermcross ; que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et appréciations, sans inverser la charge de la preuve, que M. et Mme X. ne démontraient pas qu'à la date de la donation-partage, la société JBFB exerçait effectivement, en plus de son activité financière, une activité d'animatrice de groupe ».

2° L'implication effective du dirigeant est nécessaire

19 - Si la *holding* n'a pas de structure adaptée pour réaliser une animation de groupe, le dirigeant peut suppléer à cette carence si l'importance de son activité est constatée. Encore faut-il qu'il soit actif. Ainsi un président du conseil de surveillance qui se contente de mener les débats du conseil sans intervenir de façon active au cours des discussions relatives à la gestion de la société n'exerce pas d'activité effective [38] : « l'arrêt constate, par motifs propres et adoptés, que les procès-verbaux des délibérations du conseil de surveillance révélaient que Mme Y. se contentait de mener les débats mais n'intervenait pas de façon active dans les questions relatives à la gestion de la société ; qu'il retient, au vu de l'ensemble des éléments analysés, que les époux X n'établissaient pas que celle-ci exerçait de façon effective des fonctions de présidente dudit conseil ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a décidé à bon droit que la justification de biens professionnels ne pouvait être retenue pour les titres ».

C. - La matérialité de l'animation est nécessaire

20 - De manière constante, la Cour de cassation rappelle que la preuve du rôle d'animation effective d'une société *holding* incombe au contribuable et qu'elle doit résulter d'éléments concrets autres que la détention du capital et la communauté des dirigeants.

L'existence d'une convention de prestation de services s'avère être un bouclier efficace contre les offensives de l'Administration visant à remettre en cause le statut de *holding* animatrice de groupe. Le 8 février 2005, la Cour de cassation a en effet cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait rejeté le caractère d'animation de groupe d'une *holding* alors même qu'il existait des conventions entre la *holding* et ses filiales qui précisaient que ces dernières devaient respecter la politique du groupe [39] : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les conventions précitées prévoient que les organes dirigeants des sociétés filiales devront respecter la politique générale du groupe définie seule et exclusivement par la *holding*, la cour d'appel a dénaturé les dites conventions par omission ».

21 - Dans son arrêt du 23 novembre 2010 [40], la Cour de cassation retient « que les documents produits par M. X. n'apportent pas la preuve de ses affirmations sur le fait que la société définissait la politique du groupe, participait activement à la gestion de sa filiale et lui rendait des services spécifiques et que la quasi-totalité des documents concernent les frais, d'ailleurs minimes...et que rien n'est fourni s'agissant de l'animation ou de la conduite de la politique du groupe ; qu'il en a déduit qu'il n'est donc pas démontré que la société Field Engineering remplissait effectivement une activité d'animation de ses filiales ni plus généralement qu'elle avait une autre activité que la gestion de ses actifs comprenant essentiellement ses titres de la société Etna et de la trésorerie ». Elle s'attache donc à établir l'influence réelle

2012, n° 5, comm. 124, note D. Barsus et J. Béguier ; RJF 2012, n° 1241 ; Rev. sociétés 2011, p. 581, note J.-Ph. Dom et N. Goulard.

34. *Cass. com., 15 févr. 1994, n° 91-22.140, Corpet : Dr. fisc. 1994, n° 16-17, comm. 795 ; RJF 8/1994, n° 854*

35. *Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-14.084, Mme Bedrossian, préc.*

36. *Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, M. Gros : JurisData n° 2005-029931 ; Dr. fisc. 2005, n° 50, comm. 811 ; Rev. sociétés 2005, p. 877, note J.-P. Dom ; Bull. Joly Sociétés 2006, n° 9, note J.-L. Médus ; RJF 1/2006, n° 100. – V. Instr. 30 déc. 2005 : BOI 7 S-8-05 ; Dr. fisc. 2006, n° 3, instr. 13448.*

37. *Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19.770, F-P+B, M. et Mme Bernard, préc.*

38. *Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-15.571, F-D, Verheyde : JurisData n° 2011-004982 ; RTD com. 2012, p. 421 à 423, Ph. Neau-Leduc.*

39. *Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767, M. Elias : JurisData n° 2005-026900 ; Dr. fisc. 2005, n° 17, comm. 393, note M. Sieraczek-Arbitan ; Rev. sociétés 2005, p. 877, note J.-P. Dom ; Bull. Joly Sociétés 2005, n° 158, note C. Nouel.*

40. *Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-70.465, Gratzmuller : JurisData n° 2010-021994 ; BF Lefebvre 3/2011, inf. 334 ; RJF 2011, n° 385.*

de la *holding* sur la politique, l'activité ou le fonctionnement de la ou des filiales [41].

De même, dans son arrêt du 10 décembre 2013 [42], la Cour de cassation refuse l'exonération au motif qu'il n'est pas démontré que la *holding* participe activement à la gestion des sociétés du groupe en prenant des décisions de politique commerciale ou d'orientation stratégique qui s'imposent. Elle se borne donc au rôle et aux prérogatives d'actionnaires, alors même que la *holding* avait signé un contrat [43]. En l'espèce, les conventions de prestations de service existaient bien juridiquement, mais n'avaient pas d'existence matérielle. C'est donc bien la question de la réalité *in concreto* de l'animation qu'il faut prouver.

22 - Par un arrêt du 27 septembre 2005 [44], la Cour a reconnu le caractère animateur de la *holding* en s'attachant d'une part au rôle essentiel de son dirigeant dans la détermination de la politique du groupe, et d'autre part à l'existence de prestations de services de la *holding* au profit des filiales. Elle précise à cette occasion que « ne tire pas les conséquences légales de ses constatations, une cour d'appel qui, pour la détermination de l'assiette imposable à l'ISF dont est redevable le PDG d'une société, refuse de reconnaître le caractère professionnel d'une partie de la valeur des actions de celle-ci au motif qu'elle ne peut être considérée comme une société *holding* animatrice de groupe alors qu'elle relève par ailleurs le rôle essentiel du PDG de la société auprès des filiales du groupe, illustré par les comptes rendus des conseils d'administration et rapport des commissaires aux comptes et qu'elle constate que les prestations de services rendues par la société aux filiales consistent à étudier et à conseiller les investissements assurant la croissance externe du groupe ou les réorientations stratégiques ».

Elle écarte en revanche le critère, qui ne figure pas dans la doctrine administrative, tenant à l'existence de structures importantes dans la *holding* et celui, subsidiaire, de la fourniture habituelle de services spécifiques aux filiales [45].

Traduction de cette jurisprudence, l'Administration a d'ailleurs accepté de généraliser le caractère animateur du *holding* lorsque deux conditions cruciales sont réunies, à savoir le rôle du dirigeant de la *holding* et l'existence de prestations de services [46].

23 - Au final, il ressort que **trois critères importants** sont à remplir au niveau de la *holding* pour s'assurer de la protection du statut d'« animatrice de groupe » : l'existence de moyens même peu importants mais tangibles, l'existence, à la fois juridique et matérielle, de conventions de prestations de service entre la *holding* et les filiales et l'implication du ou des dirigeants dans le contrôle et la politique du groupe. À ces conditions, s'ajoutent bien sûr des critères liés à la détention des titres par l'assujetti car *in fine* dans les problématiques d'ISF, c'est toujours l'actionnaire qui est concerné, pas la *holding* détenue.

41. Par ex., *Cass. com., 19 nov. 1991, n° 89-19.474, Mme Davies, Vve Borel, préc. – Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, M. Gros, préc.*
42. *Cass. com., 10 déc. 2013, n° 23.730, F-P+B, M. Mulliez : JurisData n° 2013-028686 ; Dr. fisc. 2014, n° 13, comm. 244, note F. Deboissy.*
43. avec les services suivants « détermination des orientations stratégiques du groupe, positionnement de la société par rapport à la concurrence, recherche de nouveaux marchés, assistance à la préparation des séances du conseil d'administration et des assemblées ; gestion de participations ; préparation et propositions concernant les décisions à prendre au sein des conseils et des assemblées, participation à l'élaboration des décisions importantes et réflexion sur la politique en matière de participations ». En outre, il était précisé que : « le *holding* s'engage à mettre à la disposition de la société les personnes compétentes et agrées par cette dernière qui ne refusera pas son agrément sans motif légitime, pour conseiller et assister les dirigeants de la société ».
44. *Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, M. Gros, préc.*
45. *Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.665, M. Gros, préc.*
46. V. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 18 févr. 2013, § 210.*

3. Un manuel de prudence fiscale à l'usage des actionnaires de holding

« Prudence : de toutes les vertus requises pour le gouvernement, voilà sans contredit la plus importante »,
Louis Bourdaloue, *Pensées.*

24 - Si la prudence est la qualité cardinale d'un bon gouvernement, elle l'est tout autant du bon gouvernement d'entreprise dans les groupes et de l'assujetti à l'ISF actionnaire de *holding*. Une fois définie la notion et analysée la jurisprudence pertinente, reste à mettre en place, sous forme de mode d'emploi à l'usage des actionnaires, un kit de survie fiscal permettant de s'assurer, avec une probabilité maximale, du respect des exigences fixées par le législateur (au niveau de l'assujetti) et par l'administration fiscale (au niveau de la *holding* elle-même). Il faut donc procéder en deux temps : s'assurer que l'actionnaire remplit bien les trois conditions nécessaires qui le concernent, sur le pourcentage des droits de vote qu'il détient, ses fonctions et sa rémunération dans le groupe, puis s'assurer que la *holding* passe bien sous les fourches caudines de l'Administration et mérite le graal de *holding* animatrice de groupe.

A. - Des conditions propres à la situation de l'actionnaire

25 - L'article 885 O bis du CGI expose les conditions que doit satisfaire le contribuable. Ces conditions, cumulatives, sont relatives au pourcentage des droits de vote dans la *holding*, aux fonctions réellement exercées par le contribuable dans la société qu'il détient et à la rémunération de ces fonctions dans le groupe.

1° Des conditions relatives à la détention des droits de vote

26 - Le principe qui sous-tend l'article 885 O bis est la détention d'un minimum de 25 % des droits de vote [47] de la *holding* avec son groupe familial. On comprend alors aisément l'intérêt de dispositions statutaires offrant un droit de vote double. Le seuil peut être atteint en faisant masse des droits de vote « *attachés aux titres émis par la société, directement ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs* ».

Ce principe comprend plusieurs exceptions légales favorables au contribuable. Première exception, en cas d'augmentation de capital, le seuil de détention des droits de vote tombe, mais sous conditions supplémentaires, à 12,5 % *(CGI, art. 885 O bis, al. 7 à 10)*. Deuxième exception, quels que soient leurs droits de vote, les dirigeants indéfiniment et solidairement responsables des dettes de la société, c'est-à-dire les dirigeants visés à l'article 62 du CGI, bénéficient explicitement de l'exonération *(CGI, art. 885 O bis, al. 11)*. Troisième exception, « *les assujettis dont la valeur des actions dans la holding excède 50 % de la valeur brute des biens imposables y compris les parts et actions précitées* » *(CGI, art. 885 O bis, al. 12)*. La quatrième exception, réservée aux salariés, stipule qu'en cas de rachat partiel de son entreprise, le seuil disparaît totalement mais l'exonération est alors plafonnée à 150 000 € *(CGI, art. 885 O bis, al. 13)*.

2° Des conditions relatives aux fonctions et à l'activité des dirigeants dans la *holding*

27 - Le redevable doit exercer une fonction dirigeante dans la société, à savoir les fonctions strictement mentionnées au 1° de l'article 885 O bis du CGI « *Etre, soit gérant nommé conformément aux*

47. L'article 39 de la loi n° 2011-900 du 29 juin 2011 de finances rectificative pour 2011 *(Dr. fisc. 2011, n° 30-34, comm. 467)* a en effet substitué un seuil exprimé en droits de vote, plus aisément franchissable en cas de vote double, à l'ancien seuil exprimé en droits financiers.

statuts d'une société à responsabilité limitée ou en commandite par actions, soit associé en nom d'une société de personnes, soit président, directeur général, président du conseil de surveillance ou membre du directoire d'une société par actions. »[48]. La Cour de cassation a d'ailleurs logiquement jugé que l'exercice d'une fonction qui n'est pas énumérée par la loi, telle que directeur général adjoint n'ouvre pas droit pour le titulaire des parts ou actions de la société au bénéfice des biens professionnels[49].

La nomination aux fonctions définies *supra* doit être régulière[50], il conviendra donc d'y apporter le plus grand soin.

Enfin, la fonction doit être effectivement exercée et pas seulement en faisant acte de présence : « Le titulaire doit consacrer à ses fonctions une activité et des diligences constantes et réelles (par exemple, dans les sociétés, animation effective de l'activité des directeurs fonctionnels salariés, signature des pièces essentielles, contacts suivis avec les représentants du personnel, les principaux clients ou fournisseurs, etc.) »[51]. Cette explication est confirmée par la Cour de cassation qui indique que le dirigeant doit remplir personnellement les fonctions prévues à l'article 885 O bis du CGI[52].

3° Des conditions relatives à la rémunération du contribuable

28 - Toujours selon l'article 885 O bis, les fonctions énumérées ci-dessus doivent donner lieu à « *une rémunération normale. Celle-ci doit représenter plus de la moitié des revenus à raison desquels l'intéressé est soumis à l'impôt sur le revenu dans les catégories des traitements et salaires, bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices agricoles, bénéfices non commerciaux, revenus des gérants et associés mentionnés à l'article 62* »[53]. Comme on a pu le constater depuis deux ans, la normalité est un concept quelque peu fluctuant : l'Administration a néanmoins tenté de le circonscrire de manière prudente et lâche en qualifiant une rémunération de normale « lorsque son montant est en rapport avec la rémunération courante des personnes exerçant pleinement une des fonctions considérées, compte tenu de la nature et de l'importance de l'activité de l'entreprise ainsi que de ses résultats »[54], ce qui, on en conviendra, n'est pas très précis. La Cour de cassation oblige l'administration fiscale à plus de rigueur : « lorsque l'Administration entend démontrer que la condition de rémunération normale n'est pas satisfaite, elle doit, si elle fait référence aux autres rémunérations perçues au sein de la société, préciser en quoi la rémunération n'est pas normale compte tenu des fonctions exercées »[55]. Dans son arrêt du 2 juillet 2009[56], la Cour précise que l'activité d'un directeur technique nommé au directoire de la société doit être effective *per se*. Dans cette affaire, la Cour a constaté que, suite à sa nomination au directoire, la rémunération globale de l'intéressé n'avait pas évolué et que dans ces conditions la ventilation opérée par le conseil de surveillance (60 % au titre de son mandat social et 40 % au titre de son contrat de travail portée ensuite à 75 % et 25 %) ne permettait pas d'établir que sa fonction au directoire donnait lieu à une rémunération normale. Bien entendu, les conditions relatives à l'exercice des fonctions de direction et à leur rémunération doivent être remplies par la même personne (et non par son conjoint), le fait que l'imposition des revenus s'établisse au niveau du foyer ne faisant pas obstacle à cette lecture[57] : l'Administration rappelle donc à juste titre qu'un contribuable qui exerce des fonctions de direction dans une société *holding* sans percevoir aucune rémunération du groupe, ne peut se prévaloir du bénéfice du régime d'exonération, même si son conjoint exerce des fonctions rémunérées au sein des filiales.

Par mesure de tempérament, l'Administration admet « que les participations dans des sociétés *holding* animatrices d'un groupe bénéficient de l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels alors même que les fonctions de direction qu'y exerce le redevable ne sont pas ou peu rémunérés (...) L'application de cette mesure de tempérament est, par ailleurs subordonnée, à la double condition que l'intéressé exerce simultanément des fonctions de direction au sein d'une ou plusieurs filiales dont la société mère détient 50 % ou 25 % selon que cette dernière poursuit une activité industrielle ou commerce propre ou qu'elle limite son activité à l'animation du groupe (et que) l'intéressé perçoive, à raison de l'exercice de ses fonctions de direction au sein de la société *holding* animatrice et d'une ou plusieurs filiales, une ou des rémunérations dont le montant cumulé, le cas échéant, excède 50 % de ses revenus professionnels »[58].

B. - Des conditions propres aux moyens et à l'action de la *holding* vis-à-vis des filiales

29 - Au niveau de la *holding*, la définition actuelle de l'Administration et la jurisprudence de la Cour de cassation nécessitent de répondre à trois types d'exigence pour bénéficier du précieux statut de *holding* animatrice. Il s'agit d'abord de l'utilisation de moyens réels dans la mise en œuvre d'une véritable stratégie de groupe impulsée par la *holding*, ensuite de l'existence de conventions de prestation de services juridiquement incontestables, effectives et dûment facturées aux filiales, et enfin de la mise en œuvre de la stratégie définie par la *holding* au niveau des filiales avec l'implication du dirigeant de la *holding*.

1° Le rôle de la *holding* dans la définition de la politique et le contrôle du groupe

30 - L'animation effective implique un rôle prédominant d'impulsion de la stratégie du groupe, l'élaboration d'un plan stratégique qui porte habituellement sur un horizon de moyen– long terme (trois à cinq ans) et qui peut aller dans le détail comme le développement et le lancement de nouveaux produits, l'assistance dans la distribution, les stratégies marketing, la communication, la publicité, etc.

Pour exercer son rôle d'animation du groupe, la *holding* doit disposer de moyens en adéquation avec la taille du groupe et le niveau de la stratégie à mettre en œuvre. Elle doit disposer d'organes définissant la stratégie du groupe : en général le conseil d'administration joue un rôle clé dans la définition de la stratégie de l'entreprise, son impulsion et son suivi, mais il peut être épaulé par un comité stratégique avec la participation d'experts extérieurs dont des dirigeants ou mandataires sociaux des filiales. Les preuves de l'activité stratégique de la *holding* sont toujours constituées de pièces écrites (pour en justifier à l'admi-

48. Pour plus de détails sur l'ensemble des fonctions concernées, V. *BOI-PAT-ISF-30-30-30-10, 8 juill. 2013*, et notamment au § 130 sur la tolérance de l'Administration concernant la fonction de directeur général délégué d'une SA. La situation des dirigeants de SAS fait également l'objet d'un développement exhaustif aux § 155 et 158.
49. *Cass. com., 9 mars 1999, n° 97-13.065, M. Ribourel*, V. *Instr. 28 mai 1999 : BOI 7 S-5-99 ; Dr. fisc. 1999, n° 24, instr. 12228.*
50. *Cass. com., 26 nov. 2003, n° 01-14.079, Mamet c/ Directeur général des impôts : JurisData n° 2003-021077 ; Dr. sociétés 2004, comm. 33, note J.-L. Pierre. – BOI-PAT-ISF-30-30-30-10, 8 juill. 2013.*
51. *BOI-PAT-ISF-30-30-30-10, 8 juill. 2013, § 160.*
52. *Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-17.828.*
53. Ce qui implique que les jetons de présence, imposés en revenus des capitaux mobiliers, ne peuvent être pris en compte, comme le juge la Cour de cassation, V. *Cass. com., 29 juin 1999, n° 97-12.468, M. de la Motte-Bouloumié : JurisData n° 1999-002745 ; Dr. fisc. 2000, n° 10, comm. 191.*
54. *BOI-PAT-ISF-30-30-30-10, 8 juill. 2013, § 210.*
55. *Cass. com., 21 janv. 2004, n° 02-11.607, Claude Pérolo : JurisData n° 2004-022014.*
56. *Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12.641, F-D, DGFiP c/ M. Mailleux : Dr. fisc. 2009, n° 27, comm. 395, note P. Fumenier.*
57. *Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.515, F-D, M. Vigneron : Dr. fisc. 2008, n° 15, comm. 264, note É. J. Van Brustem ; RJF 2008, n° 751.*
58. V. *BOI-PAT-ISF-30-30-40-10, 18 févr. 2013.*

nistration fiscale ou au juge), comme les comptes rendus des séances du conseil d'administration, les rapports de gestion, les comptes rendus du comité stratégique, les rapports des commissaires aux comptes.

2° Des conventions de prestation de services juridiquement incontestables

31 - Les conventions entre la *holding* et ses filiales doivent répondre aux quatre conditions de fond édictées par le Code civil pour en assurer la validité : le consentement, la capacité, l'existence de l'objet et l'existence d'une cause, c'est-à-dire la volonté des parties. C'est pourquoi une convention sans cause s'exposerait à voir ses effets annulés au visa de l'article 1 131 du Code civil. Toutes les conventions entre la *holding* et ses filiales doivent faire l'objet d'un document écrit, validé de part et d'autre par les organes légalement compétents [59], c'est-à-dire faire l'objet, préalablement à leur entrée en vigueur, d'une autorisation par le conseil puis être approuvées par l'assemblée générale des actionnaires lors de l'assemblée qui statue sur les comptes de l'exercice au cours duquel elles ont été conclues. Il est toujours prudent de rédiger une clause précisant que les filiales s'engagent à respecter la politique générale définie par la *holding* [60].

3° Des prestations de services tangibles et facturées

32 - Après la réalité juridique, il faut s'assurer de la matérialité et de l'effectivité des prestations fournies par la *holding* car la Cour de cassation a écarté des conventions dont la contrepartie était illusoire ou dérisoire [61]. Outre la définition de la stratégie globale du groupe, il existe souvent un intérêt organisationnel à déléguer des activités entières à la *holding* pour mutualiser certaines prestations afin d'améliorer l'efficacité managériale du groupe et répondre à l'intérêt financier ou juridique des filiales. Les services assurés par la *holding* aux termes de conventions de services peuvent concerner l'administration générale (comités de groupe, coordination des actions opérationnelles dans des domaines spécifiques comme la communication ou l'international), les services juridiques et fiscaux (assistance juridique et fiscale, négociation avec des tiers, rédaction de contrats, secrétariat des sociétés, gestion des marques et des brevets, conseils fiscaux, centralisation du suivi des contrôles fiscaux et des contentieux), les services financiers et comptables (gestion de la trésorerie via une convention d'omnium [62], planification financière, préparation et contrôle des budgets, conception et mise en place des systèmes de contrôle des coûts, conseils bancaires), les systèmes informatiques (conception et déploiement des systèmes), la centralisation des achats, et les ressources humaines (conseil au recrutement, formation et évolution du personnel d'encadrement, définition et mise en œuvre des procédures du groupe en matière de RSE, etc.).

Le Conseil d'État a conclu, comme la Cour de cassation [63], que les services rendus par une *holding* à ses filiales doivent obligatoirement être facturés [64]. En principe la facturation doit être en ligne avec les conditions normales de pleine concurrence. En revanche, s'agissant d'une prestation intragroupe, le Conseil d'État, dans la décision précitée a admis que la *holding* puisse facturer ses prestations au prix de revient [65]. Il est intéressant de noter que l'Administration a retenu de l'arrêt ce qui la favorisait (le principe de la facturation) et non ce qui lui déplaisait (l'acceptation par le juge d'une facturation au prix de revient) [66]. Il nous semble plus raisonnable d'appliquer la technique du *cost plus* ou « prix de revient majoré » en appliquant aux coûts réels une marge prédéterminée, faible mais réelle, par exemple de 5 % surtout si le montant facturé reste inférieur au tarif pratiqué par des professionnels exerçant dans le même secteur (en comparant les diverses tarifications horaires des cabinets de conseil du secteur). Quant à la question de la répartition de la facture entre les filiales, elle s'effectue généralement selon une clé de répartition en fonction du chiffre d'affaires de chaque filiale, mais peut être adaptée afin de refléter la réalité économique pour éviter tout risque d'acte anormal de gestion.

4° Le rôle du dirigeant de la *holding* dans le groupe

33 - Le dirigeant de la *holding* doit siéger dans les organes sociaux des filiales et s'y impliquer. En revanche, tirant les leçons d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2012 [67], on n'indiquera jamais dans une convention une quelconque « prestation de direction », puisque c'est toujours une prérogative de toute société (qu'elle soit indépendante ou qu'elle fasse partie d'un groupe) qu'elle ne peut déléguer à une autre société, même à sa maison-mère. D'une manière générale, il faut toujours vérifier que la prestation déléguée à la *holding* n'empiète pas sur les pouvoirs de la direction générale de la filiale. Pour résumer, on peut confier à un dirigeant de la filiale une mission technique rémunérée par la *holding*, mais il faut conserver une rémunération au dirigeant de la filiale pour ses fonctions de dirigeant. Ces problématiques de frontière entre les prérogatives de la *holding* et celles de la filiale sont encore plus prégnantes en cas de cotation de la filiale.

59. Pour les sociétés monistes, l'article L. 225-38 (ou L. 225-86 pour les sociétés dualistes) du Code de commerce trouve à s'appliquer : « *Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration* ».

60. V. *Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-13.767, M. Elias : JurisData n° 2005-026900 ; Dr. fisc. 2005, n° 17, comm. 393, note M. Sieraczek-Arbitan ; Rev. sociétés 2005, p. 877, note J.-P. Dom ; Bull. Joly Sociétés 2005, n° 158, note C. Nouel.*

61. V. par ex., *Cass. com., 8 févr. 2005, n° 02-12.855, F-D, SCP Véronique Becheret, Thierry Clément et a. c/ Banque Hervet SA et a. : JurisData n° 2005-026954. – Cass. 3e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, FS-P+B, Cne de Cannes c/ Jesta Fontainebleau : JurisData n° 2011-019517 ; JCP E 2011, 1276, note J. Ghestin.*

62. Il s'agit d'une convention réglementée par laquelle la maison mère se voit confier par les filiales le *cash pooling* ou gestion centralisée de la trésorerie du groupe et un rôle d'emprunteur/prêteur bénéfique à toutes les sociétés du groupe.

63. *Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-70.465, Gratzmuller, préc.*

64. *CE, sect., 24 févr. 1978, n° 2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. P. Rivière : RJF 4/1978, n° 161, chron. M.-D. Hagelsteen, p. 106 et 107*, conforme aux excellentes conclusions du commissaire du Gouvernement Pierre Rivière.

65. « Considérant que, lorsqu'une société a notamment pour clients des filiales dans lesquelles les participations minoritaires sont négligeables, il n'est pas anormal qu'elle pratique à l'égard de ces filiales une politique de prix préférentiels au point de renoncer à réaliser des bénéfices sur cette catégorie d'affaires ; qu'à cet effet, elle peut être conduite à ajuster les prix facturés aux filiales sur ses prix de revient réels, ceux-ci comprenant, d'une part, les frais et charges proportionnels qu'entraîne chaque opération, d'autre part, une quote-part des charges fixes de l'entreprise ; que, dès lors, en l'espèce, la société requérante est fondée à soutenir, ainsi qu'elle le fait à titre subsidiaire, que le montant des réintégrations litigieuses doit être calculé, non sur la base de la rémunération en pourcentage usuellement pratiquée dans la profession à l'égard de la généralité des clients, mais sur la base du prix de revient réel des services rendus chaque année aux filiales ».

66. V. *BOI-BIC-CHG-10-10-20, 8 avr. 2013, § 120.*

67. *Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, P+B, SARL PG conseil développement (PGCD) c/ Chatel-Louroz : JurisData n° 2012-023965 : Dr. sociétés 2013, comm. 27, note M. Roussille.*

C. - La complexité des *holdings* animatrices familiales détenant des sociétés cotées

34 - Dans ce cas particulier et pourtant assez répandu, y compris parmi les grandes sociétés cotées, la difficulté est de trouver un équilibre harmonieux permettant à la *holding* de bénéficier du statut fiscal d'animatrice de groupe tout en s'assurant que la filiale cotée respecte bien l'esprit et les règles que lui impose la cotation sur un marché réglementé, notamment la défense des intérêts des actionnaires minoritaires. C'est pourquoi la *holding* doit définir la stratégie du groupe sans empiéter sur la gestion de la filiale cotée.

1° Les logiques de la *holding* familiale

35 - La spécificité de l'entreprise familiale (dans laquelle les actionnaires ont des liens de parenté) ou patrimoniale (dans laquelle les dirigeants ont une part significative du capital) provient de l'intégration de deux mondes : la culture familiale d'une part et la culture managériale d'autre part. La culture familiale (et dans une moindre mesure patrimoniale) a des caractéristiques et une logique spécifique. Souvent dépositaire de la mémoire du groupe, la famille a une vision patrimoniale à long terme, voire très long terme et se projette sur plusieurs générations. La nécessité d'assurer la cohésion stratégique de la holding passe souvent par la création d'un conseil de famille et la rédaction d'une charte de famille. Le conseil de famille permet une représentativité de toutes les branches familiales et doit combiner les compétences en termes de planification patrimoniale et de représentativité du capital. La charte de famille règle les équilibres en termes patrimoniaux, financiers, professionnels (mais aussi les équilibres plus subtils liés aux statuts et à la dimension affective) au sein de la famille et des différentes branches de la famille sur la base des valeurs de la famille. La charte distingue les sujets patrimoniaux qu'elle traite des sujets opérationnels et de management.

2° Les contraintes de la société cotée

36 - Les sociétés cotées sur un marché réglementé doivent bien sûr satisfaire aux exigences légales du droit des sociétés, en particulier dans leurs relations avec leur maison mère. Elles doivent en outre obéir à des contraintes spécifiques qui sont définies par la loi et les règlements et satisfaire aux principes d'autorégulation édictés par la *soft law* des codes de gouvernement d'entreprise selon le principe d'origine britannique *comply or explain* [68]. Sur ce dernier terrain, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a publié des recommandations sous forme d'une synthèse de l'ensemble de ses recommandations intitulé *Recommandation consolidée n° 2012-02 du 9 février 2012 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des sociétés se référant au code AFEP/MEDEF* qui regroupe la plupart des recommandations formulées dans ses précédents rapports et applicables aux sociétés cotées. Elle publie chaque année un rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants [69]. On s'y reportera avec profit pour adapter les recommandations de l'Autorité des marchés financiers à la situation de la société cotée.

3° La gestion du paradoxe

37 - Comment concilier les attentes de la *holding*, généralement familiale et les obligations de la société cotée, afin d'éviter le dilemme classique de l'acte anormal de gestion mais aussi celui lié à la protection des intérêts des minoritaires ? Là encore, l'AMF ouvre la voie avec des recommandations en décembre 2013 sur ce thème dans son rapport 2013 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des valeurs moyennes et petites du 18 novembre 2013. Concernant l'administrateur de la filiale cotée, l'AMF suggère qu'il « s'efforce d'éviter tout conflit pouvant exister entre ses intérêts moraux et matériels et ceux de la société. Il informe complètement et préalablement le conseil d'administration de tout conflit d'intérêts réel ou potentiel dans lequel il pourrait être impliqué directement ou indirectement » [70]. Concernant les conventions, l'AMF recommande lorsqu'elles ne sont pas des conventions courantes conclues à des conditions normales, de « présenter les conventions conclues avec une filiale, détenue directement ou indirectement, et concernant, directement ou indirectement, un dirigeant et/ou un administrateur de la société cotée, ou un actionnaire détenant plus de 10 % du capital de la société cotée, dans le rapport à l'assemblée et, s'il y en a un, dans le document de référence (recommandation n° 23 du rapport du 18 novembre 2013) » et de « motiver la décision du conseil d'administration des conventions réglementées en justifiant de l'intérêt de cette convention pour la société et des conditions financières qui y sont attachées. Ces motifs seraient repris dans le procès-verbal de la séance et portés à la connaissance des commissaires aux comptes lors de la notification de la convention (recommandation n° 24) [71]. Il nous semble important d'associer des représentants de la filiale cotée (dirigeants, mandataires sociaux, administrateurs) à la stratégie globale du groupe (via par exemple le comité stratégique de la *holding*), ce qui leur permettra d'examiner en amont les projets de croissance externe et d'investissements susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'activité, les résultats et l'appréciation boursière de la société.

Conclusion

« L'État est le plus froid des monstres froids. Il ment froidement ;
et voici le mensonge qui s'échappe de sa bouche :
"Moi l'État, je suis le peuple" »,
Friedrich Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra, 1885.*

38 - Tant que la notion de « *holding* animatrice de groupe » restera définie par l'administration fiscale, cette dernière pourra exiger de l'actionnaire souhaitant bénéficier de l'« immunité fiscale » le strict respect de son interprétation, quelle qu'en soit son évolution, même chaotique et discutable [72]. L'instabilité que confèrent aux montages actuels les velléités récentes de l'Administration de durcir significativement les conditions d'application de sa doctrine dans un domaine où les décisions patrimoniales (pour les actionnaires) et stratégiques (pour les entreprises), ont toujours des horizons de long terme doit faire l'objet d'un audit au niveau de chaque *holding* animatrice de groupe. Pour clarifier les ambiguïtés de la définition actuelle, il serait souhaitable que le législateur abandonne sa douce insouciance pour

68. Pour les grandes entreprises cotées, le code de référence est le code AFEP-MEDEF du 16 juin 2013, pour les ETI il s'agit du code MIDDLENEXT de décembre 2009 qui reprend, dans ses grandes lignes, les principes et recommandations du code AFEP-MEDEF, mais adaptées aux ETI et sociétés patrimoniales et donc souvent plus souples.

69. Les derniers en date sont le Rapport AMF 2013 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants du 10 octobre 2013 pour les grandes sociétés cotées et le Rapport AMF 2013 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des valeurs moyennes et petites du 18 novembre 2013 pour celles qui suivent plus particulièrement les recommandations du code élaboré par MIDDLENEXT.

70. *Rapport AMF 2013 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des valeurs moyennes et petites du 18 novembre 2013, p. 37.*

71. *Rapport 2013 de l'Autorité des marchés financiers sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des valeurs moyennes et petites du 18 novembre 2013 pour celles qui suivent plus particulièrement les recommandations du code élaboré par MIDDLENEXT, p. 73.*

72. À ce sujet, on ne peut qu'inciter les assujettis à appliquer systématiquement le principe de précaution fiscal en effectuant un audit des filiales de la société *holding* pour s'assurer que cette dernière exerce bien un contrôle sur l'ensemble de ses participations.

répondre à la demande croissante des entreprises et des particuliers d'une plus grande stabilité juridique.

En effet, la concurrence mondiale des entreprises et la compétition à laquelle se livrent les États imposent désormais au législateur hexagonal de prendre toutes les mesures nécessaires pour améliorer la compétitivité fiscale du pays et de ses entreprises. Il doit donc suivre également une politique fiscale non seulement économiquement neutre pour les entreprises, mais viser un rendement satisfaisant de l'impôt tout en encourageant le développement des entreprises. Les enjeux découlant du nombre et du poids des sociétés concernées [73] apparaissent bien trop importants pour les laisser plus longtemps à la seule discrétion de l'administration fiscale. Si l'État de droit requiert avec Montesquieu de ne toucher aux lois que d'une main tremblante, il impose à la représentation nationale d'affirmer sa prééminence sur l'administration fiscale d'une main ferme. Au moment où l'exécutif exprime sa volonté de créer un environnement stable et favorable au développement des entreprises, l'amélioration de leur compétitivité passe aussi par la réduction de l'instabilité juridique et fiscale. En sécurisant par une définition légale stable et large la notion de « *holding* animatrice » et en instituant une procédure de rescrit simple et rapide permettant de s'assurer de la qualification de *holding* animatrice, le législateur contribuerait efficacement à renforcer la pérennité et la croissance des groupes français.

Mots-Clés : *Impôt sur la fortune - Exonérations - Biens professionnels - Titres d'une société holding animatrice de groupe - Notion*
Holding animatrice de groupe - Étude générale

73. V. *supra* n° 1.